



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 308/15

Verkündet am:
9. Mai 2017
Herrwerth,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 BI Cb
UKlaG §§ 1, 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1

Die in den von einer Bausparkasse für eine Vielzahl von Vertragsverhältnissen
vorformulierten Darlehensverträgen enthaltene Bestimmung

"Kontogebühr: derzeit je Konto 9,48 EUR jährlich (gemäß ABB)"

sowie die in den von der Bausparkasse regelmäßig verwendeten und in die
Darlehensverträge einbezogenen Allgemeinen Bausparbedingungen (ABB)
enthaltene Bestimmung

"Für ein Konto in der Darlehensphase beträgt die Kontogebühr 9,48 €."

sind im Verkehr mit Verbrauchern gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1
BGB unwirksam.

BGH, Urteil vom 9. Mai 2017 - XI ZR 308/15 - OLG Karlsruhe
LG Karlsruhe

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Mai 2017 durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. Ellenberger, die Richter Dr. Grüneberg, Maihold und Pamp sowie die Richterin Dr. Menges

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Klägers werden das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 16. Juni 2015 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben als der Klage im nachfolgenden Umfang entsprochen wird, sowie das Urteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts Karlsruhe vom 6. Dezember 2013 abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfall Ordnungshaft bis zu zwei Jahren, zu vollstrecken an ihren jeweiligen gesetzlichen Vertretern, zu unterlassen, die nachfolgenden und/oder diesen inhaltsgleichen Klauseln in Bezug auf Kontogebühren bei Gewährung eines Bauspardarlehens zu verwenden, sofern nicht der Vertrag mit einer Person abgeschlossen wird, die in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen Tätigkeit handelt (Unternehmer):

a) "Kontogebühr: derzeit je Konto 9,48 EUR jährlich (gemäß ABB)"

b) in § 17 Abs. 1, vierter Abschnitt der ABB:

"Für ein Konto in der Darlehensphase beträgt die Kontogebühr 9,48 €."

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 250 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 3. April 2013 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehenden Rechtsmittel des Klägers werden zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger, ein eingetragener Verein, nimmt nach seiner Satzung Verbraucherinteressen wahr und ist als qualifizierte Einrichtung gemäß § 4 UKlaG eingetragen. Die beklagte Bausparkasse verwendet in ihren für eine Vielzahl von Vertragsverhältnissen vorformulierten Darlehensverträgen u.a. folgende Bestimmung:

"I. 1 Bauspardarlehen

[...]

b) Kosten des Bauspardarlehens

Über die Zinsen und die Tilgung hinaus fallen bei planmäßigem Verlauf des Bauspardarlehens folgende Kosten an.

Kontogebühr: derzeit je Konto 9,48 EUR jährlich (gemäß ABB)

[...]."

- 2 § 17 Abs. 1 der von der Beklagten regelmäßig verwendeten und in die Darlehensverträge einbezogenen Allgemeinen Bausparbedingungen ("ABB") lautet:

"Die Bausparer bilden eine Zweckgemeinschaft. Ihre Verträge bilden das Bausparkollektiv. Unter Berücksichtigung der Besonderheiten des kollektiven Bausparens berechnet die Bausparkasse für bauspartechnische Verwaltung, Kollektivsteuerung und Führung einer Zuteilungsmasse eine Kontogebühr.

Die Kontogebühr wird dem Bausparer jährlich zu Jahresbeginn für jedes Konto berechnet. Im ersten Jahr wird sie bei Vertragsbeginn anteilig belastet. Wird ein Konto im Laufe eines Jahres abgerechnet, erfolgt eine anteilige Rückvergütung.

Für ein Konto in der Sparphase beträgt die Kontogebühr 9,48 €. Die Sparphase beginnt mit der Anlage eines Bausparvertrages, sie endet mit der Auflösung des Bausparvertrages oder mit der ersten (Teil-)Auszahlung des Bauspardarlehens.

Für ein Konto in der Darlehensphase beträgt die Kontogebühr 9,48 €. Die Darlehensphase beginnt mit der ersten (Teil-)Auszahlung des Bauspardarlehens."

3 Der Kläger ist der Ansicht, die in den Darlehensverträgen unter I. 1. b) enthaltene Klausel "Kontogebühr: derzeit je Konto 9,48 EUR jährlich (gemäß ABB)" und die in § 17 Abs. 1, vierter Abschnitt der ABB der Beklagten enthaltene Klausel "Für ein Konto in der Darlehensphase beträgt die Kontogebühr 9,48 €" seien unwirksam, weil sie einer Inhaltskontrolle nicht standhielten. Mit der Unterlassungsklage nach § 1 UKlaG begehrt er die Verurteilung der Beklagten, es zu unterlassen, diese oder eine inhaltsgleiche Klausel gegenüber Privatkunden zu verwenden oder sich darauf zu berufen. Darüber hinaus verlangt er von der Beklagten die Erstattung von Abmahnkosten in Höhe von 250 € nebst Zinsen.

4 Die der Beklagten am 2. April 2013 zugestellte Klage ist in beiden Vorinstanzen erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Klageanträge weiter.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision hat überwiegend Erfolg.

I.

6 Das Berufungsgericht, dessen Urteil in WM 2015, 2039 ff. veröffentlicht ist, hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

7 Die beiden angegriffenen Klauseln verstießen nicht gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Die im Bauspardarlehensvertrag enthaltene Klausel einerseits und die in den ABB befindliche Klausel andererseits dürften nicht unabhängig voneinander betrachtet werden. Durch die Verweisung

in der im Darlehensvertrag enthaltenen Klausel auf die ABB solle eine Überfrachtung des individuellen Vertrages vermieden werden. Daher werde zur Beschreibung der näheren inhaltlichen Ausgestaltung des Entgeltes und der mit ihm abgegoltenen Tätigkeiten § 17 ABB in Bezug genommen. Ein Verständnis der Ziffer I. 1. b) des Darlehensvertrages als abschließender Regelung sei damit ausgeschlossen. Sowohl die Zahlungspflicht des Kunden (der Höhe und dem Fälligkeitszeitpunkt nach) als auch die Verrechnungsweise bei unterjähriger Aufnahme oder Beendigung eines Vertrages würden unmissverständlich dargestellt; weitergehende Informationen könnten nicht verlangt werden. Soweit die Berufung moniere, die Bezeichnung des Entgelts als "Kontogebühr" sei irreführend, weil nicht klar werde, dass es sich eigentlich um einen "kollektiven Mitgliedsbeitrag" handele, verkenne sie die Reichweite des Transparenzgebots.

8 Entgegen der Annahme des Landgerichts handele es sich bei den angegriffenen Klauseln nicht um gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB der Inhaltskontrolle entzogene Preishauptabreden. Dass die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen (BaFin) das gesamte Tarifwerk der Beklagten geprüft und genehmigt habe, entziehe die Klauseln nicht der Inhaltskontrolle. Unter Zugrundelegung der von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Maßstäbe lägen kontrollfähige Preisnebenabreden vor.

9 Die Unklarheitenregelung des § 305c Abs. 2 BGB greife im Streitfall nicht ein, da die Auslegung der Klauseln ergebe, dass die Kontogebühr kein Kontoführungsentgelt darstelle, sondern für die "bauspartechnische Verwaltung, Kollektivsteuerung und Führung einer Zuteilungsmasse" erhoben werde. Die beiden in ihrer Gesamtheit zu betrachtenden Klauseln im Darlehensvertrag sowie in § 17 ABB seien insoweit eindeutig. Die Führung des Bausparkontos sei demgegenüber schon Gegenstand von § 16 ABB.

- 10 Die Kontrollfreiheit der Klauseln folge nicht daraus, dass die mit der Kontogebühr abgedeckte Kollektivsteuerung es überhaupt erst ermögliche, unter Abstimmung der wechselseitigen Individualinteressen der Mitglieder des Bausparkollektivs den einzelnen Bausparvertrag zu führen. Selbst wenn bei Wegfall der Kontogebühr das kalkulatorische Gefüge aus Guthabenzinsen, Zuteilungsverfahren und Darlehenszinsen neu ausgerichtet werden müsse, mache allein dies die Gebühr noch nicht zu einem Teil des Gefüges aus Leistung und Gegenleistung des Bausparvertrages. Hierfür sei allein entscheidend, ob es sich bei der Kontogebühr um die Festlegung des Preises für eine von der Beklagten angebotene vertragliche Leistung handele.
- 11 Umgekehrt ergebe sich die Kontrollfähigkeit der Klauseln nicht schon aus der Aufspaltung des Bausparvertrages in einen Vertrag in der Ansparphase einerseits und einen späteren Darlehensvertrag andererseits. Unabhängig davon, welche rechtliche Konstruktion man hinsichtlich des Abschlusses des Darlehensvertrags zugrunde lege, definiere § 1 Abs. 2 Bausparkassengesetz (BSpkG) den Bausparvertrag als einen Vertrag, durch den der Bausparer nach Leistung von Bauspareinlagen einen Rechtsanspruch auf Gewährung eines Bauspardarlehens erwerbe. Infolge dieser Verzahnung der beiden Verträge aus den unterschiedlichen Phasen müsse der Bausparvertrag als Ganzes in den Blick genommen werden und könne nicht isoliert auf die vermeintlichen Hauptleistungspflichten eines herausgegriffenen Zeitraums - hier der Darlehensphase - abgestellt werden.
- 12 Maßgebend für die Einordnung der streitigen Klauseln als Preisnebenabreden sei danach allein, dass die Kontogebühr auch bei Betrachtung des Bausparvertrages als Ganzem nicht zur Abgeltung einer konkreten vertraglichen Gegenleistung der Beklagten erhoben werde. Nach § 17 ABB decke die Beklagte mit ihr hauptsächlich die Kosten der Kollektivsteuerung und der Führung

einer Zuteilungsmasse ab. Selbst wenn die Kollektivsteuerung und ständige (Neu-)Bewertung der Zuteilungsmasse wegen der Besonderheiten des Bausparkkollektivs Voraussetzung dafür sein sollten, dass den wechselseitigen Individualinteressen der Mitglieder dieses Kollektivs im Ergebnis - durch die Zuteilung des gewünschten Darlehens - überhaupt nachgekommen werden könne, seien diese "Hintergrundtätigkeiten" keine Gegenleistung der Beklagten, die sie auf rechtsgeschäftlicher Grundlage an den dem Kollektiv beitretenden Bausparer zu erbringen habe. Zwar liege die fortlaufende Analyse des Spar- und Tilgungsverhaltens, der Tilgungsmoral und der Tarifikalkulation auch im Interesse des Bausparers, dem das Bauspardarlehen nur aus den Mitteln zugeteilt werden könne, die durch die Spar- und Tilgungsleistungen der anderen Sparer erwirtschaftet würden, so dass sich die Wartezeit bis zur Zuteilung bei entsprechend hohem Mittelzufluss - der durch rechtzeitig ergriffene Steuerungsmaßnahmen sichergestellt werden könne - verkürze. Diese Abhängigkeit mache aus der Kollektivsteuerung jedoch keine vertragliche Leistung der Bausparkasse gegenüber ihren einzelnen Kunden, auf deren Erbringung diese einen rechtlichen Anspruch hätten. Eine entsprechende vertragliche Einigung lasse sich dem Bausparvertrag nicht entnehmen; auch § 5 Abs. 3 Nr. 3 BSpkG sei insoweit unergiebig.

13 Bei einem Verständnis als Preisnebenabrede hielten die angegriffenen Klauseln der hierdurch eröffneten Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB allerdings stand.

14 Die Klauseln seien nicht mit wesentlichen gesetzlichen Grundprinzipien unvereinbar. Ob dies aus § 5 Abs. 3 Nr. 3 BSpkG folge, könne dahinstehen. Vielmehr ergebe sich bereits aus der besonderen Systematik des kollektiven Bausparens, dass die Umlegung der Kosten für die Kollektivsteuerung und die Führung einer Zuteilungsmasse nicht von wesentlichen Grundprinzipien des

dispositiven Rechts abweiche. Die streitigen Klauseln stellten keine nach den Grundsätzen der höchstrichterlichen Rechtsprechung unzulässige Entgeltregelung dar. Aus § 238 HGB, § 15 Abs. 1, § 21 Abs. 2 RechKredV lasse sich nicht herleiten, dass die Bausparkasse mit den durch die Kontogebühr bepreisten Tätigkeiten lediglich ihre gesetzlichen Pflichten erfülle. Das erhobene Entgelt diene nicht nur der "bauspartechnischen Verwaltung", sondern unstreitig vor allem der "Kollektivsteuerung und Führung einer Zuteilungsmasse", also der Auswertung und Beobachtung der einzelnen Bausparverträge, der Kontrolle der Kollektiventwicklung, der Steuerung der Qualität des Gesamtbestandes und der Überwachung des individuellen Sparer-Kassen-Leistungsverhältnisses. Die Bausparkassen seien ihren Kunden gegenüber weder aus dem Gesetz noch aus den geschlossenen Bausparverträgen verpflichtet, diese Tätigkeiten vorzunehmen, ohne dafür ein gesondertes Entgelt zu verlangen.

- 15 Die Erhebung der Kontogebühr sei auch nicht deshalb mit wesentlichen gesetzlichen Grundgedanken unvereinbar, weil - wie die Berufung meine - das Bauspargeschäft ohne die bepreisten Tätigkeiten nicht durchführbar sei und die Beklagte vor allem ihr eigenes Gewinnerzielungsinteresse verfolge. Dies lasse die Besonderheiten, die sich aus der Rechtsnatur des Bausparvertrages sowie den Vorschriften des Bausparkassengesetzes ergäben und die die materiellen Wertungen im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB beeinflussen könnten, unberücksichtigt. Beim Bausparen komme die stetige Überwachung des Gesamtbestandes und die Führung der Zuteilungsmasse - anders als in einem bilateralen Austauschvertrag - gerade nicht nur dem Unternehmer zu Gute, sondern unmittelbar auch der Bauspargemeinschaft. Die Bausparkassen nähmen daher mit den durch die Kontogebühr vergüteten Tätigkeiten auch kollektive Gesamtinteressen wahr. Dies ergebe sich daraus, dass die Zuteilung der zinsgünstigen Bauspardarlehen nur aus den Mitteln erfolgen könne, die durch die Einlage-, Zins- und Tilgungsleistungen anderer Bausparer erwirtschaftet

würden. Dabei verzichte der Bausparer in diesem geschlossenen System zunächst auf einen marktüblichen Einlagezins, um dann später nach Zuteilung der Bausparsumme von einem günstigen - marktunabhängigen - Darlehenszins zu profitieren. Aus der Begrenzung der Zuteilungsmittel ergebe sich jedoch andererseits auch das dem Bauspargeschäft innewohnende strukturelle Risiko. Die Bausparkassen könnten sich nicht verpflichten, die Darlehen zu einem bestimmten Zeitpunkt auszuzahlen (§ 4 Abs. 5 BSpkG). Vielmehr könne eine - zeitnahe - Zuteilung nur dann erfolgen, wenn dem Bausparkollektiv nicht nur fortlaufend neue Mittel zugeführt, sondern vor allem die bereits vorhandenen Mittel und Bemessungsfaktoren konstant überwacht und bei drohender Nichterfüllbarkeit der Bausparverträge Gegenmaßnahmen ergriffen würden. Die mit jedem Bausparvertrag bezweckte Zuteilung der Bausparsumme sei hierdurch unmittelbar mit der Entwicklung der zur Verfügung stehenden Zuteilungsmittel verknüpft. Es widerspreche daher dem gesetzlichen Leitbild des Bausparens nicht, wenn die Kosten, die für Aufrechterhaltung und Pflege der Kollektivmittel anfielen, von den neu in die Gemeinschaft eintretenden und später in der Darlehensphase befindlichen Bausparern zu tragen seien.

16 Die streitigen Klauseln benachteiligten die Bausparkunden zudem nicht entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen.

17 Dem Kollektivinteresse an den mit der Kontogebühr bepreisten Tätigkeiten werde nicht schon durch den Verzicht der Kunden auf einen marktüblichen Zins in der Ansparphase und die Zahlung einer Abschlussgebühr hinreichend Rechnung getragen. Hierdurch erkaufe sich der Bausparkunde die Option auf ein Darlehen, dass später systembedingt und marktunabhängig zu einem konkreten und regelmäßig im Vergleich zum Marktzins niedrigeren Garantiezins verzinst werde. Daher habe der Verzicht auf eine Verzinsung der Einlage indivi-

duelle Gründe und taue nicht als Abwägungsmaterial gegen die Kollektivinteressen. Die Abschlussgebühr wiederum decke ganz andere Kosten ab.

- 18 Es bestehe auch kein Interessengegensatz zwischen "Ansparkunden" und "Darlehenskunden", die durch die beanstandete Regelung bei Abruf des Bauspardarlehens erneut mit der Kontogebühr belastet würden. Die Sparer, die mittlerweile die Darlehensphase erreicht hätten, beteiligten sich mit Abschluss des Bausparvertrages ebenfalls an der Gemeinschaft der Bausparer und den Vorteilen des kollektiven Zwecksparens. Auch sie profitierten von der Führung, Überwachung und Steuerung der Zuteilungsmasse, aus der sie ihr Darlehen erhielten und in die neben den Bauspareinlagen der "Ansparkunden" auch und gerade die Tilgungsleistungen der "Darlehenskunden" einflössen. Diesem kollektiven Systemzweck des Bausparens entspreche eine Regelung, die - wie die streitgegenständliche - die Kosten der Kollektivsteuerung durch eine gesonderte Gebühr auch in der Darlehensphase decke. Dass diese nicht prozentual, sondern in einem Festbetrag erhoben werde, ändere daran nichts.

II.

- 19 Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Prüfung in wesentlichen Punkten nicht stand. Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch gemäß §§ 1, 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UKlaG auf Unterlassung der weiteren Verwendung der angegriffenen Klauseln über die Berechnung einer Kontogebühr in der Darlehensphase des Bausparvertrages.
- 20 1. Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass es sich bei den beanstandeten Klauseln um vorformulierte Allgemeine Geschäftsbedingungen (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB) handelt, die der Inhaltskon-

trolle nach § 307 Abs. 1 und Abs. 2 BGB nicht bereits deshalb entzogen sind, weil die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) das gesamte Tarifwerk der Beklagten geprüft und genehmigt hat. Die Besonderheiten, die sich aus der Rechtsnatur des Bausparvertrages und den Vorschriften des Bausparkassengesetzes ergeben, können die materiellen Wertungen im Rahmen der Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB beeinflussen. Die Spezialkontrolle der Allgemeinen Bausparbedingungen durch die BaFin gemäß §§ 3, 8 und 9 BSpkG, die auf die Berücksichtigung dieser Besonderheiten ausgerichtet ist, führt zu keiner Einschränkung der Kontrollfähigkeit nach § 307 Abs. 3 BGB (Senatsurteil vom 8. November 2016 - XI ZR 552/15, WM 2017, 87 Rn. 11 mwN, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

21 2. Ebenfalls rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht ferner angenommen, dass die angegriffenen Klauseln einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB unterliegen, da sie von Rechtsvorschriften abweichende und diese ergänzende Regelungen enthalten. Die Bestimmungen unter Ziffer I. 1. b) des Darlehensvertrages sowie in § 17 Abs. 1, vierter Abschnitt der ABB der Beklagten stellen insoweit eine einheitliche Regelung dar, die insgesamt an § 307 Abs. 1 und 2 BGB zu messen ist. Hierdurch wird weder ein (Teil-)Preis für die Erfüllung einer vertraglichen Hauptleistungspflicht der Beklagten vereinbart noch das Entgelt für eine rechtlich nicht geregelte, zusätzlich angebotene Sonderleistung der Bausparkasse.

22 a) Nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB sind Gegenstand der Inhaltskontrolle solche Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Hierunter fallen weder Bestimmungen über den Preis der vertraglichen Hauptleistung noch Klauseln über das Entgelt für eine rechtlich nicht geregelte, zusätzlich angebotene Sonderleistung. Preisnebenabreden, die keine echte

(Gegen-)Leistung zum Gegenstand haben, sondern mit denen der Klauselverwender allgemeine Betriebskosten, Aufwand für die Erfüllung gesetzlich oder nebenvertraglich begründeter eigener Pflichten oder für sonstige Tätigkeiten auf den Kunden abwälzt, die der Verwender im eigenen Interesse erbringt, sind hingegen der Inhaltskontrolle unterworfen (st. Rspr., Senatsurteile vom 21. April 2009 - XI ZR 78/08, BGHZ 180, 257 Rn. 16, vom 7. Dezember 2010 - XI ZR 3/10, BGHZ 187, 360 Rn. 26, vom 7. Juni 2011 - XI ZR 388/10, BGHZ 190, 66 Rn. 19, vom 22. Mai 2012 - XI ZR 290/11, BGHZ 193, 238 Rn. 10, vom 13. November 2012 - XI ZR 500/11, BGHZ 195, 298 Rn. 13, vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 24, vom 27. Januar 2015 - XI ZR 174/13, WM 2015, 519 Rn. 9, vom 16. Februar 2016 - XI ZR 454/14, BGHZ 209, 71 Rn. 23 und vom 8. November 2016 - XI ZR 552/15, WM 2017, 87 Rn. 18). Das gilt auch dann, wenn die Entgeltklausel in einem Regelwerk enthalten ist, das Preise für Einzelleistungen bei der Vertragsabwicklung festlegt (Senatsurteile vom 18. Mai 1999 - XI ZR 219/98, BGHZ 141, 380, 383, vom 13. November 2012 aaO und vom 27. Januar 2015 aaO).

- 23 Eine Entgeltklausel ist zudem nicht bereits deshalb kontrollfrei, weil dem Kunden das Entgelt bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses hinreichend klar vor Augen geführt wird, so dass davon ausgegangen werden kann, dass er es bei seiner Abschlussentscheidung berücksichtigt hat (Senatsurteil vom 7. Dezember 2010 - XI ZR 3/10, BGHZ 187, 360 Rn. 27). Lässt eine Klausel die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen für den Kunden hinreichend deutlich erkennen, so wahrt sie damit zwar die Anforderungen des Transparenzgebots gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB (BGH, Urteile vom 24. März 1999 - IV ZR 90/98, BGHZ 141, 137, 143 und vom 9. Mai 2001 - IV ZR 138/99, BGHZ 147, 373, 377 f.). Dies allein lässt jedoch weder die Möglichkeit noch das Bedürfnis entfallen, die Klausel darüber hinaus einer inhaltlichen Angemessenheitskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB zu unterziehen. Dieses Bedürfnis besteht

allein deshalb, weil der Kunde - auch wenn er eine Klausel zur Kenntnis genommen hat - bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf die inhaltliche Ausgestaltung der Regelungen keinen Einfluss nehmen kann (Senatsurteil vom 7. Dezember 2010 aaO).

24 b) Die beanstandeten Klauseln enthalten von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen im vorstehenden Sinne.

25 aa) Der Inhalt einer Allgemeinen Geschäftsbedingung ist durch Auslegung zu ermitteln, die der Senat selbst vornehmen kann (Senatsurteile vom 13. November 2012 - XI ZR 500/11, BGHZ 195, 298 Rn. 15, vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 26, vom 27. Januar 2015 - XI ZR 174/13, WM 2015, 519 Rn. 12 und vom 8. November 2016 - XI ZR 552/15, WM 2017, 87 Rn. 20). Dabei ist, ausgehend von den Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden, nach dem objektiven Inhalt und typischen Sinn der in Rede stehenden Klausel zu fragen. Sie ist so auszulegen, wie ihr Wortlaut von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der regelmäßig beteiligten Verkehrskreise verstanden wird (Senatsurteile vom 13. November 2012 aaO Rn. 16, vom 27. Januar 2015 aaO und vom 8. November 2016 aaO). Sind mehrere Auslegungsmöglichkeiten rechtlich vertretbar, kommt die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB zur Anwendung (Senatsurteile vom 21. April 2009 - XI ZR 78/08, BGHZ 180, 257 Rn. 11, vom 29. Juni 2010 - XI ZR 104/08, BGHZ 186, 96 Rn. 31 und vom 8. Mai 2012 - XI ZR 437/11, WM 2012, 1344 Rn. 34). Danach ist die scheinbar "kundenfeindlichste" Auslegung im Ergebnis regelmäßig die dem Kunden günstigste, soweit sie erst die Inhaltskontrolle eröffnet bzw. zu einer unangemessenen Benachteiligung und damit der Unwirksamkeit der beanstandeten Klausel führt (vgl. Senatsurteile vom 7. Dezember 2010 - XI ZR 3/10, BGHZ 187, 360 Rn. 35 und vom 8. Mai 2012 aaO). Außer Betracht bleiben dabei nur solche

Verständnismöglichkeiten, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fernliegend und nicht ernstlich in Erwägung zu ziehen sind (Senatsurteile vom 21. April 2009 - XI ZR 78/08, BGHZ 180, 257 Rn. 11, vom 7. Dezember 2010 aaO Rn. 29, vom 13. November 2012 aaO Rn. 16, vom 13. Mai 2014 aaO Rn. 25 und vom 27. Januar 2015 aaO).

26 bb) Nach diesen Maßstäben stellen sich die beiden angegriffenen Klauseln nach dem Verständnis eines Durchschnittskunden als einheitliche Regelung dar. Im Darlehensvertrag wird die Kontogebühr unter "b) Kosten des Bauspardarlehens" mit dem einleitenden Satz "Über die Zinsen und die Tilgung hinaus fallen bei planmäßigem Verlauf des Bauspardarlehens folgende Kosten an: ..." aufgeführt. Sie wird beschrieben als "Kontogebühr: derzeit je Konto 9,48 Euro jährlich (gemäß ABB)". Es werden weder die Fälligkeit (zu Jahresbeginn) noch die Abrechnung im Falle des unterjährigen Abschlusses (anteilige Erhebung) oder der unterjährigen Beendigung (anteilige Erstattung) des Bausparvertrages geregelt. Ebenso wenig werden der Grund für die Erhebung der Gebühr und die damit abgegoltenen Leistungen der Beklagten angegeben. Erst in der Zusammenschau mit den hierzu in § 17 Abs. 1 der ABB der Beklagten enthaltenen Regelungen kann der Kunde den Grund und die Konditionen dieser Gebühr ersehen.

27 cc) Die so verstandene einheitliche Regelung über die Erhebung einer Kontogebühr in der Darlehensphase enthält eine kontrollfähige Preisnebenabrede im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechungsgrundsätze. § 17 Abs. 1, erster und vierter Abschnitt der ABB der Beklagten legen ausdrücklich fest, dass die Kontogebühr auch in der Darlehensphase für die "bauspartechnische Verwaltung, Kollektivsteuerung und Führung einer Zuteilungsmasse" berechnet wird. In der - von der vorliegenden Unterlassungsklage allein betroffenen - Darlehensphase ist mit diesen Tätigkeiten weder die Erfüllung einer Hauptleis-

tungspflicht der Beklagten noch eine rechtlich nicht geregelte Sonderleistung verbunden.

28

(1) Im Rahmen von Bausparverträgen abgeschlossene Darlehensverträge unterfallen als Gelddarlehen (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 BSpkG) in Form von Tilgungsdarlehen ebenfalls dem Pflichtenprogramm des § 488 Abs. 1 BGB (Senatsurteil vom 8. November 2016 - XI ZR 552/15, WM 2017, 87 Rn. 23; zur Anwendbarkeit des Darlehensrechts siehe auch Senatsurteil vom 21. Februar 2017 - XI ZR 185/16, WM 2017, 616 Rn. 20 ff., zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen). Gemäß § 488 Abs. 1 BGB zählt die Kapitalüberlassung zu den gesetzlich geregelten Hauptleistungspflichten des Darlehensgebers, die ebenso wie dessen Verpflichtung zur fortdauernden Belassung der Darlehensvaluta im synallagmatischen Verhältnis zur Zinszahlungspflicht steht. Der laufzeitabhängige Zins ist deshalb im Regelfall nicht nur Entgelt für die Belassung der Darlehensvaluta, sondern mit ihm werden zugleich interne Kosten im Zusammenhang mit der Kapitalüberlassung abgegolten (Senatsurteile vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 45 f. und vom 8. November 2016 aaO Rn. 22). Zwar ist der Klauselverwender in der konkreten Ausgestaltung seines Preisgefüges grundsätzlich frei, er kann also insbesondere das Entgelt für seine Leistung auch in mehrere Preisbestandteile aufteilen (Senatsurteil vom 7. Dezember 2010 - XI ZR 3/10, BGHZ 187, 360 Rn. 31 mwN). Beim Darlehensvertrag kann daher ein Disagio als zinsähnliches (Teil-)Entgelt, das neben dem Nominalzins für die zeitweilige Kapitalnutzung in Gestalt eines Einmalentgelts erhoben wird, einer Inhaltskontrolle entzogen sein, wenn es integraler Bestandteil der laufzeitabhängigen Zinskalkulation ist (Senatsurteile vom 29. Mai 1990 - XI ZR 231/89, BGHZ 111, 287, 289, vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 42 und vom 16. Februar 2016 - XI ZR 454/14, BGHZ 209, 71 Rn. 23, 29 f.). Der Beklagten wäre es daher unbenommen, die vom Bausparer und Darlehensnehmer für die von ihr erbrachte Hauptleistung der Kapital-

überlassung und -belassung zu leistende Gegenleistung in eine laufzeitabhängige Zinszahlung und ein zinsähnliches, laufzeitabhängiges (Teil-)Entgelt aufzuteilen. Dies hat sie aber aus der maßgeblichen Sicht eines Durchschnittskunden mit der streitigen Regelung nicht getan. Die dargestellten Auslegungsgrundsätze schließen bereits im Ansatz ein Verständnis aus, mit der Kontogebühr solle im Wege eines Teilentgelts bzw. "Preis"-Bestandteils die Kapitalüberlassung der Bausparkasse vergütet werden (vgl. zur Kontoführungsgebühr Senatsurteil vom 7. Juni 2011 - XI ZR 388/10, BGHZ 190, 66 Rn. 25). Zudem wird die Kontogebühr - ausdrücklich - auch in der Darlehensphase für die "bauspartechnische Verwaltung, Kollektivsteuerung und Führung einer Zuteilungsmasse" erhoben.

- 29 (2) Die Kontogebühr ist auch keine Gegenleistung für die von der Beklagten im Rahmen des Bausparvertrags insgesamt erbrachten (Haupt-)Leistungen. Gemäß § 1 Abs. 2 BSpkG erwirbt der Bausparer nach Leistung seiner Spareinlagen in das zweckgebundene Vermögen einen Rechtsanspruch auf Gewährung eines niedrig verzinslichen Bauspardarlehens aus der Zuteilungsmasse. Dies ist in der Ansparphase die Hauptleistung der Beklagten als Bausparkasse aus dem Bausparvertrag (vgl. dazu Fandrich in von Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Bausparbedingungen (ABB), Neubearb. 2011, Rn. 4). Da Bauspardarlehen nur aus der aus den Spar- und Tilgungsleistungen der Bausparer gebildeten Zuteilungsmasse gewährt werden können (vgl. § 6 Abs. 1 Satz 1 BSpkG), bestimmt sich der Zeitpunkt der Darlehensgewährung für jeden Bausparer individuell nach dem von ihm gewählten Bausparvolumen, seiner Sparleistung und der zur Darlehensgewährung verfügbaren Zuteilungsmasse. Um den Anspruch des Bausparers aus § 1 Abs. 2 BSpkG erfüllen zu können, muss die Bausparkasse daher - wie die Revisionserweiterung insoweit zutreffend ausführt - die eingehenden Mittel aus Spar- und Tilgungsleistungen verwalten, die einzelnen Bausparverträge im Hinblick auf

Sparleistung, Vertragsdauer und Zuteilungsreife ständig neu bewerten und bei freiwerdender Zuteilungsmasse zuteilungsreife Verträge bedienen. Diese Verwaltungstätigkeiten werden aus der Sicht des durchschnittlichen Bausparers mit der Formel "bauspartechnische Verwaltung, Kollektivsteuerung und Führung einer Zuteilungsmasse" umschrieben. Diese Tätigkeiten sind aber in der hier allein maßgeblichen Darlehensphase keine Hauptleistung der Bausparkasse, sondern lediglich notwendige Vorleistungen für die eigentliche Leistungserbringung, nämlich die Gewährung eines relativ niedrig verzinslichen Bauspardarlehens aus der zur Verfügung stehenden Zuteilungsmasse.

30 (3) Die Kontogebühr stellt sich in der Darlehensphase auch nicht als Vergütung für eine sonstige, rechtlich selbstständige, gesondert vergütungsfähige Leistung der Beklagten dar.

31 Nach Darlehensgewährung, also mit Beendigung der Ansparphase und Eintritt in die Darlehensphase, ist es für die Leistungserbringung der Beklagten - die Kapitalüberlassung und -belassung - ohne Bedeutung, ob auch weiterhin die Zuteilungsmasse überwacht und verwaltet wird sowie die übrigen Bausparverträge ständig neu bewertet werden. Diese Tätigkeiten erbringt die Beklagte nicht im Interesse des Darlehensnehmers. Dass die Bausparkasse nach Eintritt in die Darlehensphase die Zahlungen des Kunden zur Ermittlung etwaiger Rückstände im Hinblick auf Zins und Tilgung überwacht und diese Leistungen in geordneter Weise verbucht (vgl. hierzu BFHE 109, 172, 177; zur Darlehensgebühr siehe auch Senatsurteil vom 8. November 2016 - XI ZR 552/15, WM 2017, 87 Rn. 30), liegt ausschließlich in ihrem eigenen Interesse (siehe auch Senatsurteil vom 7. Juni 2011 - XI ZR 388/10, BGHZ 190, 66 Rn. 25, 28 zur Kontoführungsgebühr). Die bloße Verwaltung der Darlehensverträge nach Ausreichung der Bauspardarlehen ist danach keine gesondert vergütungsfähige Leistung gegenüber dem Bausparer, sondern eine rein innerbetriebliche Leis-

tung der Bausparkasse (vgl. Senatsurteil vom 7. Juni 2011 aaO Rn. 28; BFHE 109, 172, 177).

32 (4) Dass die Beklagte ohne Vereinnahmung der beanstandeten Gebühr das kalkulatorische Gefüge aus Guthabenzinsen, Zuteilungsverfahren und Darlehenszinsen möglicherweise neu ausrichten muss, kann die Kontrollfreiheit der streitigen Klausel nicht begründen (vgl. Senatsurteil vom 7. Dezember 2010 - XI ZR 3/10, BGHZ 187, 360 Rn. 28). Dadurch wird die Kontogebühr noch nicht zu einem Teil des Gefüges aus Leistungen und Gegenleistungen des Bauspardarlehensvertrages. Entscheidend hierfür ist vielmehr allein, ob es sich bei der vereinnahmten Gebühr um die Festlegung des Preises für eine von der Beklagten angebotene vertragliche Leistung handelt (vgl. Senatsurteil vom 7. Dezember 2010 aaO). Das aber ist bei der Kontogebühr in der Darlehensphase nicht der Fall.

33 3. Der hiernach eröffneten Inhaltskontrolle halten die beanstandeten Klauseln zur Kontogebühr in der Darlehensphase entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht stand. Sie weichen nach den vom Senat in ständiger Rechtsprechung angewendeten Grundsätzen (Senatsurteile vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 66 ff. und XI ZR 170/13, WM 2014, 1325 Rn. 71 ff.) von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung ab. Dadurch werden die Bausparkunden der Beklagten auch unangemessen benachteiligt, § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB.

34 a) Die Klauseln weichen durch die Vereinbarung einer Kontogebühr für die "bauspartechische Verwaltung, Kollektivsteuerung und Führung einer Zuteilungsmasse" in der Darlehensphase von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung ab.

- 35 aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind Entgeltklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, denen keine vertragliche Gegenleistung des Verwenders zugrunde liegt, dann mit wesentlichen Grundgedanken des dispositiven Rechts unvereinbar, wenn der Verwender damit Aufwand für Tätigkeiten auf den Kunden abwälzt, zu denen er gesetzlich oder aufgrund einer vertraglichen Nebenpflicht verpflichtet ist oder die er vorwiegend in eigenem Interesse vornimmt, ohne dabei eine Dienstleistung an den Kunden zu erbringen. Hierfür anfallender Aufwand ist nach dem gesetzlichen Leitbild vom Kunden nicht gesondert zu entgelten (Senatsurteile vom 21. April 2009 - XI ZR 78/08, BGHZ 180, 257 Rn. 21, vom 7. Dezember 2010 - XI ZR 3/10, BGHZ 187, 360 Rn. 43 und vom 8. November 2016 - XI ZR 552/15, WM 2017, 87 Rn. 34).
- 36 bb) Die angegriffenen Klauseln sind mit dem Leitbild des § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht vereinbar, weil die Berechnung der Kontogebühr in der Darlehensphase der Abgeltung von Aufwand für im Zusammenhang mit Bauspardarlehen stehende Verwaltungstätigkeiten der Beklagten dient und folglich Kosten auf deren Kunden abgewälzt werden, die für Tätigkeiten anfallen, die von der Beklagten überwiegend im eigenen Interesse erbracht werden (vgl. Senatsurteile vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 48 ff. und vom 8. November 2016 - XI ZR 552/15, WM 2017, 87 Rn. 35).
- 37 (1) Die angegriffenen Klauseln sind entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts an dem gesetzlichen Leitbild des Darlehensvertrags und nicht an einem durch Besonderheiten geprägten Leitbild für Bauspardarlehenverträge zu messen. Bei einem Bauspardarlehenvertrag handelt es sich um einen Darlehensvertrag, dessen vertragstypische Pflichten in § 488 Abs. 1 BGB geregelt sind (Senatsurteil vom 8. November 2016 - XI ZR 552/15, WM 2017, 87 Rn. 36 mwN; vgl. auch Senatsurteil vom 21. Februar 2017 - XI ZR 185/16, WM 2017,

616 Rn. 20 ff.). Keine der Besonderheiten eines Bausparvertrags, etwa die Zuteilung der im Rahmen von Bauspardarlehen durch die Bausparkassen bereitgestellten Finanzmittel aus Bauspareinlagen und Tilgungsleistungen der Bausparer oder die zweckgebundene Gewährung von Bauspardarlehen nur für wohnungswirtschaftliche Maßnahmen im Sinne des § 1 Abs. 3 BSpkG, begründen für das Bauspardarlehen ein vom allgemeinen Darlehensrecht abweichendes gesetzliches Leitbild. Denn die mit einem Bauspardarlehen verbundenen charakteristischen Hauptleistungspflichten - die Bereitstellung der Darlehensvaluta einerseits sowie die Erbringung von Zins- und Tilgungsleistungen andererseits - ergeben sich nicht aus speziellen Regelungen des Bausparkassengesetzes, sondern aus § 488 Abs. 1 BGB. Das allgemeine gesetzliche Programm der Hauptleistungspflichten im Darlehensrecht erfährt durch die bausparvertragliche Verknüpfung von Bauspardarlehen und Bauspareinlagen weder eine Einschränkung noch eine Erweiterung (Senatsurteil vom 8. November 2016 aaO Rn. 37). Danach gewähren die angegriffenen Klauseln der Beklagten die Möglichkeit, ihren Darlehensnehmern eine Vergütung für Tätigkeiten, nämlich die Verwaltung des Darlehenskontos, abzuverlangen, die die Bausparkasse als Kreditinstitut nach dispositivem Recht ohne gesondertes Entgelt zu erbringen hätte (vgl. Senatsurteil vom 7. Juni 2011 - XI ZR 388/10, BGHZ 190, 66 Rn. 33 zur Kontoführungsgebühr beim Darlehensvertrag).

- 38 (2) § 5 Abs. 3 Nr. 3 BSpkG begründet, wie auch das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, kein von § 488 Abs. 1 BGB abweichendes Leitbild für Bauspardarlehen. Die Vorschrift regelt kein besonderes, von § 488 Abs. 1 BGB abweichendes Recht zur Entgelterhebung, weshalb ihr kein leitbildprägender Charakter zukommt (Senatsurteile vom 7. Dezember 2010 - XI ZR 3/10, BGHZ 187, 360 Rn. 39 und vom 8. November 2016 - XI ZR 552/15, WM 2017, 87 Rn. 39).

39 (3) Wie der Senat ebenfalls schon entschieden hat (Urteil vom 8. November 2016 - XI ZR 552/15, WM 2017, 87 Rn. 40), bilden die Bausparer einer Bausparkasse auch kein Sondervermögen oder eine sonstige Bruchteilsgemeinschaft, so dass der bepreiste Aufwand nicht die Erfüllung von eigenen Verwaltungsaufgaben einer solchen Gemeinschaft betrifft. Vielmehr schließen sie jeweils eigenständige Spar- und Darlehensverträge mit der Bausparkasse als Kreditinstitut (vgl. § 1 Abs. 1 und 2 BSpKG). Damit handelt die Bausparkasse bei der Gewährung der Bauspardarlehen nicht als Verwalterin eines Sondervermögens der Bausparer, sondern im eigenen Interesse.

40 b) Die Abweichungen der streitigen Klauseln von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung benachteiligen die Vertragspartner der Beklagten auch unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB.

41 Eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners wird indiziert, wenn eine klauselmäßige Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung gegeben ist (Senatsurteile vom 18. Mai 1999 - XI ZR 219/98, BGHZ 141, 380, 390, vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 69, vom 16. Februar 2016 - XI ZR 454/14, BGHZ 209, 71 Rn. 43 und vom 8. November 2016 - XI ZR 552/15, WM 2017, 87 Rn. 42). Hinreichende Gründe, die die Klausel bei der gebotenen umfassenden Interessenabwägung (Senatsurteile vom 7. Mai 1996 - XI ZR 217/95, BGHZ 133, 10, 15 f., vom 28. Januar 2003 - XI ZR 156/02, BGHZ 153, 344, 349 f., vom 14. Januar 2014 - XI ZR 355/12, BGHZ 199, 355 Rn. 45 und vom 16. Februar 2016 aaO) gleichwohl als angemessen erscheinen lassen, hat die Beklagte weder dargetan noch sind solche ersichtlich. Die Abweichungen vom gesetzlichen Leitbild sind insbesondere weder sachlich gerechtfertigt noch wird der gesetzliche Schutzzweck

auf andere Weise sichergestellt (vgl. Senatsurteile vom 14. Januar 2014 aaO mwN, vom 16. Februar 2016 aaO und vom 8. November 2016 aaO).

42 aa) Weder aus der in § 5 Abs. 3 Nr. 3 BSpkG normierten Pflicht, den Bausparern berechnete Kosten und Gebühren in die Allgemeinen Bedingungen für Bausparverträge aufzunehmen, noch aus dem in § 9 BSpkG geregelten Genehmigungsvorbehalt von Bauspartarifen durch die BaFin folgt die allgemeine Zulässigkeit und Angemessenheit einer von einer Bausparkasse erhobenen Gebühr (Senatsurteil vom 8. November 2016 - XI ZR 552/15, WM 2017, 87 Rn. 43 ff.). Dies gilt auch für die hier streitige Kontogebühr in der Darlehensphase.

43 bb) Ebenso wenig rechtfertigen allgemeine Erwägungen zu einem kollektiven Gesamtinteresse der Bauspargemeinschaft die Erhebung einer Kontogebühr im Rahmen von Bauspardarlehen. Besonderheiten, die sich aus der Rechtsnatur des Bausparvertrags und den Vorschriften des Bausparkassengesetzes ergeben, können die materiellen Wertungen im Rahmen der Inhaltskontrolle einer Abschlussgebühr zwar grundsätzlich beeinflussen (Senatsurteile vom 9. Juli 1991 - XI ZR 72/90, WM 1991, 1452, 1454 und vom 7. Dezember 2010 - XI ZR 3/10, BGHZ 187, 360 Rn. 46). Mit der streitgegenständlichen Kontogebühr wird aber kein Beitrag zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Bausparwesens geleistet, der geeignet wäre, die mit ihrer Erhebung für den einzelnen Bausparer verbundenen Nachteile aufzuwiegen (aA Vortmann, EWiR 2016, 1, 2; Servatius, ZfIR 2016, 12, 21 f.).

44 (1) Die in den angegriffenen Klauseln bestimmte Kontogebühr wird ebenso wie die vom Senat für nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB für unwirksam erachtete Darlehensgebühr nicht in die dem Kollektiv der Bausparer für die Zuteilung von Bauspardarlehen zur Verfügung stehende Zuteilungsmasse im

Sinne des § 5 Abs. 2 Nr. 2 BSpkG gebucht, sondern stellt für die Bausparkasse eine Ertragsposition dar, die deren Jahresergebnis erhöht (zur Darlehensgebühr vgl. Senatsurteil vom 8. November 2016 - XI ZR 552/15, WM 2017, 87 Rn. 48). In die Zuteilungsmasse fließen nur Spar- und Tilgungsleistungen der Bausparer. Unmittelbare kollektive Gesamtinteressen, die eine Entgeltklausel im Einzelfall rechtfertigen können, nimmt die Beklagte durch die Erhebung der Kontogebühr folglich nicht wahr.

45 (2) Die Kontogebühr in der Darlehensphase deckt nach der hier maßgebenden Auslegung - siehe oben II. 2. b) cc) (3) - auch nicht, ebenso wenig wie die vorgenannte Darlehensgebühr (vgl. dazu Senatsurteil vom 8. November 2016 - XI ZR 552/15, WM 2017, 87 Rn. 49), Kosten für Tätigkeiten ab, die von der Bausparkasse im kollektiven Gesamtinteresse der Bauspargemeinschaft wahrgenommen werden. Es handelt sich vielmehr um innerbetriebliche Leistungen der Bausparkasse (vgl. Senatsurteil vom 8. November 2016 aaO; BFHE 109, 172, 177), die mit deren Bepreisung eigenwirtschaftliche Zwecke verfolgt.

46 Zwar kommt es, worauf das Berufungsgericht abgestellt hat und auch die Revisionserwiderung im Ausgangspunkt zutreffend hinweist, allen Bausparern zugute, wenn die Bausparkasse ihre Aufgaben im Zusammenhang mit der Gewährung und Überwachung der Bauspardarlehen ordnungsgemäß erfüllt und hierdurch deren Ausfallwahrscheinlichkeit verringert, weil sich vertragsgemäße Tilgungsleistungen der Bausparer positiv auf die für die Gemeinschaft der Bausparer zur Verfügung stehende Zuteilungsmasse auswirken (Senatsurteil vom 8. November 2016 - XI ZR 552/15, WM 2017, 87 Rn. 50). Hierbei handelt es sich allerdings lediglich um einen reflexartigen Nebeneffekt, der nicht dazu führt, dass die Beklagte mit der Erhebung der Kontogebühr die Gesamtinteressen des Kollektivs in einem Umfang wahrnimmt, der die Interessen Einzelner zurücktreten lässt (Senatsurteil vom 8. November 2016 aaO). Die Kontogebühr

dient in der Darlehensphase - wie bei einem üblichen Verbraucherdarlehen - vorrangig der Deckung von klauselmäßig nicht auf die Bausparkunden abwälzbaren Verwaltungsaufwendungen der Beklagten und erhöht damit in erster Linie deren Ertrag.

47 cc) Die Abweichung der Entgeltklausel vom gesetzlichen Leitbild wird schließlich bei der gebotenen pauschalisierenden Gesamtbetrachtung auch nicht durch bausparspezifische Individualvorteile der Bausparkunden sachlich gerechtfertigt.

48 (1) Solche Vorteile folgen entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht daraus, dass die Dauer der von dem Bausparer bis zur Zuteilung seines Vertrages zurückzulegenden "Wartezeit" von dem Verhältnis der jeweiligen Zuteilungsmasse zu bestimmten meritorischen Merkmalen seiner Vertragsabwicklung (Ablauf der Mindestwartezeit, Erreichen der Mindestbewertungszahl, Anspargrad, Bewertungszahl) abhängt (vgl. dazu Schäfer/Cirpka/Zehnder, Bausparkassengesetz und Bausparkassenverordnung, 5. Aufl., S. 42 f.) und deshalb eine - zeitnahe - Zuteilung nur dann erfolgen kann, wenn dem Bausparkollektiv fortlaufend neue Mittel zugeführt werden, indem Bausparer in der Ansparphase Einlageleistungen übernehmen sowie in der Darlehensphase Tilgungsleistungen erbringen (Senatsurteil vom 7. Dezember 2010 - XI ZR 3/10, BGHZ 187, 360 Rn. 46 mwN) und die Bausparkasse die genannten meritorischen Merkmale im Verhältnis zu allen anderen Bausparern bewertet und stetig vergleicht. In der Darlehensphase haben der aktuelle Bestand der Zuteilungsmasse und die Bewertung des eigenen Vertrages und der übrigen Bausparverträge hinsichtlich der genannten Parameter keine Auswirkungen mehr auf das zu diesem Zeitpunkt zwischen dem Bausparer und der Bausparkasse bestehende Darlehensvertragsverhältnis, das sich nach § 488 BGB richtet. Individuelle Vorteile des Bausparers in der Darlehensphase aus der fortgesetzten Er-

bringung der genannten Tätigkeiten durch die Bausparkasse, die die Entgelterhebung rechtfertigen könnten, liegen demnach nicht vor.

49 (2) Die Revisionserwiderung weist zwar - im Ausgangspunkt zutreffend - darauf hin, dass Bauspardarlehen im Verhältnis zum Marktumfeld bei Vertragsschluss vergleichsweise niedrig verzinst sind (vgl. Senatsurteile vom 7. Dezember 2010 - XI ZR 3/10, BGHZ 187, 360 Rn. 31 und vom 8. November 2016 - XI ZR 552/15, WM 2017, 87 Rn. 53 mwN) und dass das Zinsänderungsrisiko im Rahmen des Bausparvertrags von der beklagten Bausparkasse getragen wird, weil deren Kunden nicht nur frei entscheiden können, ob sie bei bestehender Zuteilungsreife ein Bauspardarlehen tatsächlich aufnehmen, sondern auch berechtigt sind, ein aufgenommenes Darlehen gemäß § 11 Abs. 7 ABB jederzeit zu tilgen, ohne hierfür eine Vorfälligkeitsentschädigung bezahlen zu müssen (Senatsurteil vom 8. November 2016 aaO).

50 Diesen Vorteilen für Bausparkunden stehen aber nicht unerhebliche Nachteile gegenüber, die dazu führen, dass der mit der Kontogebühr in der Darlehensphase verbundene finanzielle Nachteil bei der gebotenen pauschalisierenden Gesamtbetrachtung nicht durch den im Vergleich zum Marktumfeld bei Vertragsschluss geringen Nominalzins des Bauspardarlehens und die einseitige Verteilung des Zinsänderungsrisikos zugunsten der Bausparkunden gerechtfertigt ist.

51 Bausparkunden, die sich für den hier in Rede stehenden Bauspartarif entscheiden, müssen etwa, bevor sie in den Genuss eines aus ihrer Sicht günstigen Bauspardarlehens kommen können, bereits bei Abschluss des Bausparvertrags eine Abschlussgebühr in Höhe von 1,6% der Bausparsumme nach § 1 Abs. 2 ABB zahlen. In der Ansparphase müssen sie zudem hinnehmen, dass ihre Spareinlagen, bezogen auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Bauspar-

vertrags, nur vergleichsweise niedrig verzinst werden (vgl. Senatsurteile vom 7. Dezember 2010 - XI ZR 3/10, BGHZ 187, 360 Rn. 46 und vom 8. November 2016 - XI ZR 552/15, WM 2017, 87 Rn. 55). Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise erwerben sie den in § 1 Abs. 2 BSpkG genannten Rechtsanspruch auf Gewährung eines (niedrig verzinslichen) Bauspardarlehens damit nur dann, wenn sie die Abschlussgebühr bezahlen und bei Abschluss des Bausparvertrags auf eine marktgerechte Verzinsung ihrer Spareinlagen verzichten.

- 52 4. Ob die angegriffene Klausel zugleich - wie der Kläger meint - gegen das Transparenzgebot verstößt, bedarf hiernach keiner Entscheidung.

III.

- 53 Das angefochtene Urteil ist daher im erkannten Umfang aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da weitere Feststellungen nicht zu treffen sind, kann der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Der Klage ist danach - bis auf einen geringfügigen Teil des geltend gemachten Zahlungsanspruchs - stattzugeben.

- 54 Der Unterlassungsanspruch aus § 1 UKlaG umfasst dabei neben der Pflicht, die Verwendung einer Klausel in Neuverträgen zu unterlassen, auch die Verpflichtung, bei der Durchführung bereits bestehender Verträge die beanstandete Klausel nicht anzuwenden (vgl. Senatsurteile vom 27. Januar 2015 - XI ZR 174/13, WM 2015, 519 Rn. 20, vom 20. Oktober 2015 - XI ZR 166/14, BGHZ 207, 176 Rn. 34 und vom 8. November 2016 - XI ZR 552/15, WM 2017, 87 Rn. 58).

- 55 Erfolg hat das Klagebegehren auch hinsichtlich des geltend gemachten Anspruchs auf Erstattung der Abmahnkosten, der seine Rechtsgrundlage in § 5

UKlaG i.V.m. § 12 Abs. 1 UWG findet (Senatsurteile vom 7. Juni 2011 - XI ZR 388/10, BGHZ 190, 66 Rn. 41, vom 20. Oktober 2015 - XI ZR 166/14, BGHZ 207, 176 Rn. 34 und vom 8. November 2016 - XI ZR 552/15, WM 2017, 87 Rn. 59) und der Höhe nach zwischen den Parteien außer Streit steht. Der Anspruch zu den Zinsen folgt aus § 291 BGB. Ein weitergehender Zinsanspruch aus Verzug wurde nicht schlüssig dargelegt.

Ellenberger

Grüneberg

Maihold

Pamp

Menges

Vorinstanzen:

LG Karlsruhe, Entscheidung vom 06.12.2013 - 10 O 36/13 -

OLG Karlsruhe, Entscheidung vom 16.06.2015 - 17 U 5/14 -